



不貞行為の相手方への慰謝料請求 最判平成31年2月19日民集73巻2号187頁の評価

著者	水野 紀子
雑誌名	法学
巻	84
号	3, 4
ページ	184-201
発行年	2020-12-30
URL	http://hdl.handle.net/10097/00130011

不貞行為の相手方への慰謝料請求

——最判平成 31 年 2 月 19 日民集 73 卷 2 号 187 頁の評価——

水 野 紀 子

一、不貞行為の相手方への慰謝料請求権の隆盛

一方配偶者の不貞行為の相手方へ他方配偶者から慰謝料請求ができることが、確立した実務となって久しい。売買春行為や出来心のちょっとした浮気から、夫婦仲が悪くなっている夫婦の一方が他者と恋愛をする不貞行為まで、不貞行為は日常生活において珍しいことではない。従って、この慰謝料請求権が行使されることも少なくなく、訴訟数も膨大な数に上り、交通事故のように賠償金額のいわゆる「相場」が成立するほどで、この問題だけを扱った実務書も出版されている⁽¹⁾。

この請求権の歴史は古い。刑事罰である姦通罪が存在した戦前は、夫の請求権が認められることはあまりにも当然とされたが、夫の請求権のみならず、刑事事件の判断理由中で妻の請求権を認めた男子貞操義務判決・大決大正 15 年 7 月 20 日刑集 5 卷 8 号 318 頁によって、妻の請求権も認められることは、大審院時代から確立した判例であった。しかし、戦前には「芸娼妓（殊に後者〔引用者注：芸妓と娼妓のうちの娼妓を指す〕）の業とする所が既婚男子を相手方として営まれる限り常に不法行為なりとせらるることが今日の一般的法律確信なりとは考えられない」（中川善之助⁽²⁾）と言われ、妻が法廷で

(1) たとえば、中里和伸『判例による不貞慰謝料請求の実務』（LABO, 2015 年）など。

請求することは実際にはないと考えられていた。戦後になると徐々に妻からの請求も増加したが、それでも、この種の訴訟はそれほど一般的ではなかった。しかし最判昭和 54 年 3 月 30 日民集 33 卷 2 号 303 頁（以下、昭和 54 年判決）をきっかけに、激増することになる。

昭和 54 年判決は、子からの慰謝料請求権を相当因果関係がないことを理由に否定したものの、配偶者からの慰謝料請求権については、「夫婦の一方の配偶者と肉体関係を持った第三者は、故意又は過失がある限り、右配偶者を誘惑するなどして肉体関係を持つに至らせたかどうか、両名の関係が自然の愛情によつて生じたかどうかにかかわらず、他方の配偶者の夫又は妻としての権利を侵害し、その行為は違法性を帯び、右他方の配偶者の被つた精神上の苦痛を慰謝すべき義務があるというべきである」と述べて、非常に広範囲に成立することを承認した。昭和 54 年判決を契機に、学説は広くこの請求権の是非を論じるようになり、慰謝料請求権を認めない否定説も有力となった。

この請求権の行使が、強制認知への抑圧行為となることや美人局の手段となることなど、事案によって多くの弊害が生じることは指摘されており、最高裁は次に述べる平成 8 年の二つの判例によって、一定の制限をかけることになる。なおその 2 年前、最判平成 6 年 1 月 20 日民集 171 号 1 頁（以下、平成 6 年 1 月判決）が、この請求権の消滅時効の起算点について、原告がその配偶者と第三者の不貞行為を知ったときと判断したことも、時間的に請求権行使に制約をかける意味をもった。ただしこの慰謝料請求権行使の弊害がもっとも大きいのは、不貞行為にもかかわらず夫婦関係が維持されて原告配偶者がいわば三角関係の勝者となった場合であるが、同年に、最判平成 6 年 11 月 25 日判時 1514 号 82 頁（以下、平成 6 年 11 月判決）は、不貞行為という

(2) 中川善之助「『夫の貞操義務』に関する裁判に就て」法学協会雑誌 45 卷 2 号 25 頁（1928 年）。

共同不法行為に基づく損害賠償債務は不真正連帯債務であって、不貞配偶者の債務を免除しても相手方への債務に免除の効果は及ばないと判示して、不貞配偶者への宥恕によって請求権の行使を制限することを否定した⁽³⁾。

最判平成8年3月26日民集50巻4号993頁（以下、平成8年3月判決）は、「甲の配偶者乙と第三者丙が肉体関係を持った場合において、甲と乙との婚姻関係がその当時既に破綻していたときは、特段の事情のない限り、丙は、甲に対して不法行為責任を負わないものと解するのが相当である。ただし、丙が乙と肉体関係を持つことが甲に対する不法行為となる・・・〈中略〉・・・のは、それが甲の婚姻共同生活の平和の維持という権利又は法的保護に値する利益を侵害する行為といえることができるからであって、甲と乙との婚姻関係が既に破綻していた場合には、原則として、甲にこのような権利又は法的保護に値する利益があるとはいえないからである。」と判示した。破綻後の不貞行為は有責行為とされないとする構成は、消極的破綻主義の判例法を緩める過程で最高裁が利用してきた手法である。離婚判例法においては硬直的な消極的破綻主義を緩める一定の有効性をもったが、この請求権においてはそのような有効性もあったとはいえないように思われる。この平成8年3月判決によって、原告の婚姻関係の破綻時期と不貞行為の開始時期の先後関係が、訴訟の大きな争点となることになった。しかしこの争点が、主張する当事者にとって、また認定する裁判官にとっても、極めて困難な作業をもたらしたことは言うまでもない。

また最判平成8年6月18日家月48巻12号39頁（以下、平成8年6月判決）は、夫の不貞行為の相手方である被告女性に対して、原告妻のみなら

(3) もっとも平成6年11月判決の事案は、原告である夫は、不貞行為を行った妻と調停離婚しており、調停における債務免除条項が、共同不法行為者である被告にも及ぶかが争われた事案であった。損害賠償債務を命じられた被告が、原告の元妻へ求償することは、共同不法行為者間の求償として認められることになる。

ず、妻とは離婚すると被告を口説いた夫も一緒になって、500万円の慰謝料を支払うよう嫌がらせや暴力行為の圧力をかけていた、いわゆる美人局類似の事案において、慰謝料請求権行使を「信義誠実の原則に反し権利濫用として許されない」と判示した。権利濫用法理の適用は、この事案にとっては妥当な結論であったと思われるが、この判例により「当該事案が実際には美人局類似の事案でもないにもかかわらず、Yが『本件訴訟は美人局である』とか『訴訟詐欺である』等の主張を行い、その主張に対して、さらにXが『そのYの主張は名誉毀損である』との反論を行うことになり、争いが果てしなく大きくなり長期化してしまうこともある」⁽⁴⁾実務状況である。

学説も活発にこのテーマを論じ、西欧諸国ではこの請求権を認めない国が多いという比較法研究⁽⁵⁾も行われてきた。学説は肯定説から否定説まで、バリエーションがあるが、現在では、否定説のほうが優勢だとされている。本稿では学説の対立や分類を紹介することは控えて、過去の拙稿や本稿で取り上げる判例の評釈⁽⁶⁾などに譲りたい。

否定説を採る筆者は、このテーマについては、昭和54年判決の評釈⁽⁷⁾を皮切りに、平成8年3月判決についても評釈⁽⁸⁾し、またフランス法の近年の

(4) 前掲・中里和伸『判例による不貞慰謝料請求の実務』58頁。

(5) 代表的な比較法研究として、前田達明『愛と家庭と一不貞行為に基づく損害賠償請求』（成文堂、1985年）。

(6) 最判平成31年2月19日民集73巻2号187頁については、すでに多くの評釈がある。安達敏男、吉川樹士・戸籍時報782号66頁、家原尚秀・法律のひろば72巻7号54頁、石松勉・新判例解説Watch25号93頁、福岡大学法学論叢64巻3号693頁、大島梨沙・新判例解説Watch25号123頁、山下純司・法教465号132頁、櫛橋明香・令和元年度重要判例解説78頁、潮見佳男・家庭の法と裁判24号114頁、樫見由美子・民商155巻6号1158頁、遠藤隆幸・月報司法書士573号38頁、企業法実務研究会、松嶋隆弘、胡光輝・月刊税務事例52巻5号67頁、吉田邦彦、桑月佳・北大法学論集71巻1号159頁など。

(7) 最高裁昭和54年3月30日判決についての筆者の評釈は、法学協会雑誌98巻2号291頁以下（1981年）、民法判例百選Ⅱ債権<第二版>178頁以下（1982年）など。

(8) 最高裁平成8年3月26日判決についての筆者の評釈は、ジュリスト臨時増

判例紹介を含めて、2008年に論文「不貞行為の相手方に対する慰謝料請求」⁽⁹⁾をまとめた。この論文で提示した解釈論と判断は、現在でも変わりはない。つまり結論的には、次のような解釈である。裏切られた配偶者の法益侵害は、不貞行為者の恋愛や離婚の自由などの法益と対立するものであり、これら法益の調整は家族法が担当すべき問題であって、たとえ現状の家族法による保護が貧弱であったとしても、原則として家族法の領域に委ねられるべきである。しかし、例外的に、第三者の行為態様がきわめて違法性が強い場合、つまり恋人の配偶者である原告に離婚を迫って肉体的・精神的暴力を振るう等の直接的加害行為をした場合に限り、不法行為法の保護対象となると考える。

本稿では、このテーマに関連して新たに下された最高裁判断、最判平成31年2月19日民集73巻2号187頁（以下、平成31年判決）を取り上げて、判決の影響について考えたい。

二、最判平成31年2月19日民集73巻2号187頁

平成31年判決の事案は、妻の不貞行為の相手方男性に対して、夫が原告となって慰謝料請求権を行使したものである。ただし不貞行為がもたらした損害を請求するのではなく、原告の離婚がもたらした損害の賠償を請求する事案であって、本稿のテーマである不貞行為による損害賠償請求権の行使そのものに関する判例ではない。不貞行為に基づく請求権は、平成6年1月判決によって、原告が不貞行為の存在を知ったときから消滅時効が走り始めるとされており、本件では時効消滅していると考えられたために、原告は、

刊・平成8年度重要判例解説76頁以下（1997年）、民商116巻6号94頁以下（1997年）。

(9) 水野紀子「不貞行為の相手方に対する慰謝料請求」山田卓生先生古稀記念・円谷峻・松尾弘編『損害賠償法の軌跡と展望』日本評論社133頁以下（2008年）。

原告の離婚が成立した時点を起算点として離婚による損害賠償請求を行ったものである。

本件の原告は、平成6年3月に結婚し、夫妻には、同年8月と平成7年10月生まれの二児がいる。前述したように、婚姻生活の破綻時期と不貞行為の先後関係が争点になっているため、本件の事実認定においても、原告の婚姻生活について、平成20年12月から夫婦間の性交渉がなくなっていたことなどが認定されている。不貞行為の開始は平成21年5月であり、平成22年5月に原告が知るところとなったために、被告と妻の不貞関係は解消された。不貞行為解消から約4年後、平成26年4月に原告と妻は別居し、同年11月に原告は夫婦関係調整の調停を申し立てたが、翌年2月に離婚調停が成立した。この離婚調停においては、離婚給付は財産分与のみで慰謝料はないと合意されている。離婚3ヶ月後に原告は被告に対して離婚慰謝料の調停を申し立て、不調に終わった後、平成27年11月に本件訴訟を提起した。事実審は、「本件不貞行為により夫婦間の信頼関係が失われ、そのことは、XがAとの離婚を決意するに至ったことの原因をなすものと認められる」（原審）として、第一審・原審ともに原告の請求を認容した。

しかし最高裁は、次のように判示して原審を覆した。「夫婦の一方は、他方に対し、その有責行為により離婚をやむなくされ精神的苦痛を被ったことを理由としてその損害の賠償を求めることができるところ、本件は、夫婦間ではなく、夫婦の一方が、他方と不貞関係にあった第三者に対して、離婚に伴う慰謝料を請求するものである。夫婦が離婚するに至るまでの経緯は当該夫婦の諸事情に応じて様ではないが、協議上の離婚と裁判上の離婚のいずれであっても、離婚による婚姻の解消は、本来、当該夫婦の間で決められるべき事柄である。したがって、夫婦の一方と不貞行為に及んだ第三者は、これにより当該夫婦の婚姻関係が破綻して離婚するに至ったとしても、当該夫婦の他方に対し、不貞行為を理由とする不法行為責任を負うべき場合がある

ことはともかくとして、直ちに、当該夫婦を離婚させたことを理由とする不法行為責任を負うことはないと解される。第三者がそのことを理由とする不法行為責任を負うのは、当該第三者が、単に夫婦の一方との間で不貞行為に及ぶにとどまらず、当該夫婦を離婚させることを意図してその婚姻関係に対する不当な干渉をするなどして当該夫婦を離婚のやむなきに至らしめたものと評価すべき特段の事情があるときに限られるというべきである。以上によれば、夫婦の一方は、他方と不貞行為に及んだ第三者に対して、上記特段の事情がない限り、離婚に伴う慰謝料を請求することはできないものと解するのが相当である」。

判旨が述べるように、この判決は「不貞行為を理由とする不法行為責任を負うべき場合があること」は否定しておらず、「夫婦を離婚させたことを理由とする不法行為責任を負うことはない」とするにとどまる。すなわち、不貞行為の相手方への慰謝料請求権を認めてきた判例を覆すものではない。

しかし従来の判例実務は、不貞行為の結果、夫婦が離婚するかどうかによって損害額の認定が異なっており、離婚した場合のほうが多額となる損害を認定してきた。夫婦が不貞行為の結果、離婚にまで至った場合のほうが、原告配偶者は、深刻な損害を受けたと評価するのが自然であったからであろう。平成 31 年判決の調査官解説は、この点について次のように述べる。「不貞慰謝料額の算定において、これまで下級審の裁判例では、不貞行為の結果、婚姻関係が破綻し、離婚するに至った場合においては、そのことを考慮することが多かったと言えるところ、本判決の考え方からすると、単純に損害として離婚慰謝料を上乗せすることは許されないものと考えられる。他方で、不貞行為の結果、婚姻が破綻し、離婚するに至った場合には、不貞慰謝料の被侵害利益である『夫又は妻としての権利』という人格的利益に対する侵害も大きかったものと評価することができると考えられる。従って、前記のような事情について、慰謝料の増額要素として考慮すること自体は許され

るものと解される。」⁽¹⁰⁾と。

不貞行為の相手方への慰謝料請求における不法行為の要件論については、それぞれの要件ごとに議論がある。まず保護法益ないし被侵害利益については、昭和 54 年判決が「夫又は妻としての権利」と表現し、平成 8 年 3 月判決は「婚姻共同生活の平和の維持」と述べた。「夫又は妻としての権利」の侵害と構成することは、配偶者の身体への物権的支配権を認めることにつながりかねない。そこで最高裁が平成 8 年 3 月判決は昭和 54 年判決の保護法益ないし被侵害利益構成を否定して「婚姻共同生活の平和の維持」へと切り替えたと評価する理解がある。しかしこの調査官解説は、その理解を採らず、依然として「夫又は妻としての権利」構成が用いられることを前提としている。また学説においても、配偶者間における離婚原因慰謝料と離婚自体慰謝料の両立と平行に、不貞行為の相手方への慰謝料請求についても二種類の慰謝料が両立しており、それぞれに別個の扱いをすることで統一した説明をする立場がある⁽¹¹⁾。しかしこの両者は夫婦間における慰謝料と異なり、第三者にとっては不貞行為という一個の行為の評価であり、平成 8 年 3 月判決における請求をなぜ離婚原因慰謝料に相当する慰謝料と異なる離婚自体慰謝料に相当する慰謝料と評価できるのか、定かではない。また原告にとって不貞行為がいかに大きな精神的苦痛を与えるものであったとしても、「夫又は妻としての権利」構成が、配偶者への排他的な支配権につながる問題性は否定できない。

相当因果関係という要件については、昭和 54 年判決が子からの慰謝料請求を否定した際に根拠としたのは、相当因果関係の不存在であり、「父親がその未成年の子に愛情を注ぎ、監護、教育を行うことは、他の女性と同棲す

(10) 前掲・家原尚秀・法律のひろば 72 巻 7 号 54 頁、引用は 58-59 頁。

(11) 前掲・潮見佳男・家庭の法と裁判 24 号 114 頁がもっとも論理的にこの理解を説明する。

るかどうにかかわりなく、父親自らの意思によって行うことができるのであるから」、相当因果関係がないとした。しかし平成 31 年判決は、「離婚による婚姻の解消は、本来、当該夫婦の間で決められるべき事柄である」からと述べるだけで、相当因果関係という表現は用いていない。離婚という当事者の決定が相当因果関係を遮断するという構成をとると、意思が介入することによって相当因果関係を遮断することにつながり、過労自殺などの事案への影響を配慮したのかも知れない。しかし実質的には離婚による損害を「夫婦の間で決められるべき事柄」として損害から除く判断は、不貞行為による慰謝料の場合にも当てはまるはずであり、調査官解説が言うように「人格的侵害が大きかった」という構成で損害額に上乘せすることとは相容れないと思われる。

いずれにせよ、これらの要件論を論じることによって、この慰謝料請求権のもたらしめている混迷を解決することは困難であろう。そして婚姻関係についての夫婦の決定権を重視し、第三者の不貞行為の影響力を否定した平成 31 年判決の判断は、不貞行為の相手方への慰謝料請求を認める判例法理そのものに対して、消極的な評価から見直す価値判断を内包することは、否定できないと考える。

本判決の事案は、夫からの請求であった。判旨が歯切れよく請求を棄却できたのは、その事実による影響も感じられる。もちろん妻からの請求であっても区別はされないことになるが、不貞行為がもたらす婚姻生活の破綻がより大きく影響するのは、夫より妻のほうではないだろうか。

実際には、配偶者の不貞行為がただちに離婚に結びつくとは限らない。とりわけ経済力のない妻は、夫の不貞行為を知って苦悩しても、夫が家庭を壊そうとしない限り、生活を守るために婚姻生活を維持する判断をとる者が多いだろう。しかし不貞行為をされたことは大きな精神的打撃を与えるから、不信と苦悩の日々を続けた後、耐えきれなくなった妻が離婚を請求した場

合、不貞行為そのものに基づく請求権は消滅時効にかかることになる。経済力のない妻が不貞行為から間もない時点で離婚を求めるとすれば、不貞行為以外にも夫婦関係に耐えられない問題があった場合が多い。このような被害を不法行為法の保護法益として解決できるのは、少なくとも夫婦間においてだけではなかろうか。そしてさらに本来は、離婚慰謝料の保護法益は、不法行為法ではなく、離婚法の離婚給付として構成されるべきものであるように思う。

次は、離婚慰謝料について、振り返ってみたい。

三、離婚慰謝料の位置づけ

民法体系を植物にたとえると、不法行為法は、いわば植物の成長点のような領域である。不法行為法の法創造性は、いうまでもない。裁判官たちは、故意過失の程度にさまざまな段階を設けたり、危険を創設した者や創設された危険によって利益を得ている者に責任を負わせて、主に被害者を保護するために、社会が必要とする新たな民事責任を作り出してきた⁽¹²⁾。これに対して、家族法の主要な領域は、植物の枝や幹にあたると言え、その変化は主として立法的に行われる。

日本法における離婚慰謝料も、判例が不法行為法の領域で生み出した請求権であった。明治民法起草者は、母法に存在した元配偶者による離婚後扶養を認めなかった。いったん草案に設けられた離婚後扶養の条文は、戸主の扶養義務との順位を議論する過程で削除された。当時の日本社会は、自営業を営む「家」が基礎となっており、婚姻や離婚や養子縁組や離縁は、「家」同

(12) フランス法において、このような被害者保護のための判例の展開が、フォートと民事責任との関係を完全に切り離すものではなかったことを、フォートと民事責任は、「事実上の別居」にとどまり、「離婚」にまでは至らないと表現する論文として、Ch. Rade, L'impossible divorce de la faute et de la responsabilité civile, D. 1998, chron. 301.

士のメンバーのやりとりであって、婚姻非解消主義から発展した欧米の離婚法とはあまりにも異なっていたから、当時としては、やむを得ない立法ではあったといえるかもしれない。

家族法の保護がないところでは、当事者の力関係でものごとが決まることになりがちである。かつて自営業を営む「家」において、妻が単なる労働力として隷属して酷使されることは少なくなかった。最判昭和 38 年 2 月 1 日民集 17 卷 1 号 160 頁などの内縁関係破綻のいわゆる「嫁いびり」事案において、配偶者の両親などの第三者に対する離婚慰謝料請求を認めた判例には、そのような時代背景が存在した。しかし産業構造の変化によってサラリーマン家庭が増えると、配偶者の両親の影響力で試婚的に行われていた内縁が減少し、同棲開始と同時に婚姻届を出す夫婦が増加した。そして、以前は実家の力がないと嫁を酷使できるから「嫁は庭からもらえ」という俚諺があったように、実家と婚家との力関係で決まったが、両親の力は相対的に弱まり、夫婦の力関係で決まるようになった。日本の近代化は、セーフティネットとして財とケアを社会保障が担う西欧型の近代化ではなく、財は企業が長時間労働を厭わない男子基幹社員に生活給を保障し、ケアはパートタイマーの主婦が担うことによって、軽量型の社会福祉のもとで進展した。現在でも、家事の負担の男女差が大きいのが日本の特徴であり、家事労働にあてる 1 日の時間は、男性 14 分、女性 148 分となっている（2018 年経済協力開発機構 OECD まとめ）。

しかし日本家族法では、夫婦単位の近代家族における、ケア労働を担う配偶者への補償という側面は実現されていない。欧米法が、離婚時に手厚い離婚給付を補償することは、それによって、むしろ婚姻中の夫婦の平等を確保しようとするものである。このような立法的配慮は、日本法の離婚給付には残念ながらきわめて不十分である。

戦後改正は、男女間の機械的平等をはかり、離婚給付として財産分与を立

法した。しかし財産分与が立法された後も、最判昭和31年2月21日民集10巻2号124頁は離婚慰謝料を認め、最判昭和46年7月23日民集25巻5号805頁は、財産分与がすでに認められていたケースについても離婚慰謝料を認めた。この最判昭和46年7月23日民集25巻5号805頁のケースは、典型的なDV離婚で、身体を壊した妻が乳児を連れて実家に帰ろうとした際、姑が「手も足もたたき折る」と脅して子を取りあげた痛ましい事案である。妻が離婚と子の引き渡しを求めた前訴では、判決は親権者を夫と定めて「整理タンス一棹と水屋一個」の財産分与を命じた。この前訴である離婚判決は、問題が大きく、だからこそ最高裁は追加の離婚慰謝料を承認したものであろう。現在の実務においては、婚姻中に形成された現存財産の二分の一という財産分与の基準が形成されており、流石に「整理タンス一棹と水屋一個」という財産分与が命じられることはなかろうが、それでも婚姻期間が短いこのケースでは、多額とはならないだろう。またDVケースでは、平和な暮らしを欲して離婚を強く求める被害者はバーゲニングパワーをもたず、調停で加害者にすべてを譲って離婚合意を得る場合も少なくない。

財産分与は、現存財産の二分の一という、ドイツ法やフランス法では夫婦財産制の清算として取得される内容のものであり、西欧法と比較すると、日本法では実質的には離婚給付はないとも評価できる。財産分与では、ケア労働を担ったが故に経済的弱者となった配偶者を救済する離婚給付とはなりえない。そして離婚慰謝料には、財産分与に上乘せする離婚給付のためのテクニックとして認められる側面がある。しかし不法行為の枠組みでは、有責行為を行った配偶者にしか請求できないため、あえて有責離婚ではない場合も認める「破綻慰謝料」概念⁽¹³⁾が提唱されている。他にも、離婚によって生じる社会的地位の不均衡を是正する給付を取り込んで「清算」概念の拡張な

(13) 久貴忠彦「財産分与請求権と慰謝料との関係」ジュリスト増刊・民法の争点(1978年)など。

どが提案されてきたが、これらの提案は、実務の受け入れるところとはなっていない。また養育費の請求権は認められることが実務で次第に確立されてきたが、養育費の取立手続きにおける公的支援もないため、養育費の債務不履行率が高い。そして日本では、母子家庭の貧困が深刻な問題となって久しい。離婚慰謝料という構成に依存しない離婚給付の立法的充実が望まれる。しかしいずれにせよ、現在の離婚慰謝料は、夫婦間でのみ認められる一種の離婚給付と考えるべきであろう。

欧米の離婚法は、婚姻非解消主義から有責主義へ、そして破綻主義へと長い歴史をたどって展開してきた。すべての離婚が法廷で争われる制度において、離婚訴訟の争点についても、有責性を巡る争いの限界についても、深く認識されると同時に、有責主義離婚法が守っていた法益、とりわけ家族内の弱者保護の機能についても自覚的に、破綻主義離婚法を立法してきた。

これに対して日本法は、極端な私的自治に任せられており、法的機関の関与なく行われる協議離婚が原則的離婚形態である。そして日本の裁判離婚法は、裁判官に広範な裁量棄却権限を与えており、消極的破綻主義以来の判例法によって、争点を限定せず、夫婦生活（ときには結婚前の時代を含め）のあらゆる事情を主張立証し合う壮絶な私的戦争法となっている⁽¹⁴⁾。しかしこの私的戦争の悲惨は、全離婚の1%程度に過ぎないごく例外的な事態であるため、問題意識が国民的には共有されていない。

日本は、伝統的には、キリスト教社会である西欧よりも、婚姻外の性関係に対して、とりわけ夫の不貞行為については、はるかに寛大な文化を持っていた。だからこそ、不貞行為の相手方への慰謝料請求訴訟が、争点を限定して争う民事訴訟において、どのような混乱と混迷を来すものか、認識が共有

(14) 水野紀子「有責配偶者からの離婚請求」法学教室 193号 52頁以下（1996年）、同「破綻主義的離婚の導入と拡大」ジュリスト 1336号 19頁以下（2007年）など。

されにくいのかもしれない。

四、刑事罰の領域と「特段の事情」の意義

ドイツ法においては、判例は一貫して不貞行為の相手方への慰謝料請求権を否定している。しかし判例に反対する肯定説の学説は存在する。肯定説も、請求権の内容については、日本法より限定的である。たとえば「存続利益の喪失の賠償は許されない。すなわち、婚姻が継続することや婚姻義務の履行についての利益の賠償は許されない。・ ・ これらについてはドイツ民法1569条以下が離婚後の財産関係を規律しており、そこからこの種の賠償請求を排除する意図であることが知られる」(ゲルンフーバー)⁽¹⁵⁾とされるように、離婚法の手厚い保護を前提に、その保護からはみ出す部分の賠償だけを認める。また慰謝料請求権については、肯定説においても認めない説が強い。「賠償の範囲については、消極的損害は入らず、また慰謝料も認めるべきではない。けだし、それは往々にして『復讐』となり、また懲罰的機能や威嚇機能を持つもので、それは刑法の世界に委ねるべきである。」(デュレ)⁽¹⁶⁾と言われる。

もっとも刑法の世界に委ねるにしても、刑事罰として、姦通罪を復活する判断は、もはやとりえないだろう。また被告の行為の悪性が非常に強い場合、典型的には、妻に対する強姦罪にあたるような場合には、刑事罰はもとより、当然のことながら不法行為責任も生じる。そして妻に対する強姦は、「同時に夫に対する関係においても独自の不法行為を構成する」(幾代通・徳本伸一)⁽¹⁷⁾とするのが通説的見解である。しかし、筆者は、この見解を採ら

(15) 前掲・前田達明『愛と家庭とー不貞行為に基づく損害賠償』97頁。

(16) 前掲・前田達明『愛と家庭とー不貞行為に基づく損害賠償』98頁。

(17) 幾代通・徳本伸一『不法行為法』(有斐閣, 1993年) 87頁。「当該女性が夫を有することを加害者が知っていたと否とを問わない、と解すべきであろう」とする。

ない。あくまでも被害者である妻が原告となって行使すべき損害賠償請求権であって、夫が行使すべきものとは考えない⁽¹⁸⁾。

性犯罪に対しては、被害者保護のさまざまな支援が現在よりはるかに充実されねばならず、刑事罰そのものについても、見直しが始まっている。今年6月に公表された「性犯罪に関する刑事法検討会」での委員意見⁽¹⁹⁾に、次のような意見（和田俊憲）がある。長くなるが引用したい。「まず、強制的性交等罪や強制わいせつ罪といった中核的な性犯罪を、純粹に性的自由に対する罪と見るのは、もはややめた方がよいと考えている。性的自由という法益概念が、伝統的にとられてきた古い考え方を否定するのに決定的に重要な役割を担ったことは、たしかである。すなわち、家長である夫の所有物であるかのように扱われた妻の貞操が保護対象であるとし、それゆえ、夫婦間強姦は不可罰であるとするような伝統的な考え方は、強姦罪の保護法益は性的自由であり、それは夫婦間でも侵害されうるとする考え方によって、今日では（おそらく）完全に駆逐されている。しかし、そこで性的自由という概念により否定されたのは、相手は自分からの要求に応じて自分に性的利益を提供するのが当然であるとする思想・感覚（かりに、家父長主義的ミソジニーと呼ぶことにする）それ自体というよりは、その法的な保護価値やそれが犯罪を否定する力であり、つまり、家父長主義的ミソジニーにはプラスの価値はないとする限度で、性的自由の概念は機能したものと解される。今日では、その先に進む必要があるはずである。中核的な性犯罪は、典型的には家父長主義的ミソジニーに基づいて実行される——自分は相手から性的利益を提供されて当然だと考えて行為に出る——ものであって、そのような基本思想・感覚の

(18) 昭和54年判決の評釈において、筆者はすでにこの解釈を採っていた。前掲・水野紀子・法学協会雑誌98巻2号306頁。

(19) 「法務省 性犯罪に関する刑事法検討会 各委員から提出された自己紹介及び意見（五十音順）」<http://www.moj.go.jp/content/001323852.pdf> より引用。

社会的蔓延を防ぐことこそが、性犯罪を防止するために求められていると考えられる。その際に、性犯罪は単に性的自由を侵害する罪であるとしたままでは、否定的評価を下すべき性犯罪の本質が捉えきれない。ただ被害者の意思に反する行為、被害者の自由を侵害する行為、を禁圧するのではなく、性的自由の侵害行為の基礎にある家父長主義的ミソジニーの思想・感覚をも含めて、社会における否定的評価の対象にする必要があると思われる。」。

ここに描かれたような性犯罪のとらえ方の変化は、妻の強姦犯人に対して夫が独自の不法行為請求権をもつという解釈とは相容れないように思われる。そして、この領域における展開は、その時代の通念に寄りかかることの限界とともに、たとえば性的自由という概念の絶対化にも危険と限界があることを痛感させる。

平成 31 年判決は、「当該第三者が、単に夫婦の一方との間で不貞行為に及ぶにとどまらず、当該夫婦を離婚させることを意図してその婚姻関係に対する不当な干渉をするなどして当該夫婦を離婚のやむなきに至らしめたものと評価すべき特段の事情があるとき」には、第三者の干渉が婚姻関係に対する不法行為と評価しうる場合があることを認めた。この「特段の事情」とは、どのような内容と解すべきであろうか。最大限に拡大解釈すれば、離婚後に被告と再婚する略奪婚の場合は、「特段の事情」にあてはまるという解釈があり得るかもしれない。しかしこの解釈は、難しいだろう。夫婦の関係は夫婦の意思により「本来、夫婦の間で決められるべき事柄」とする判決の判断に基づく、従来よりもはるかに限定された、ごく例外的な場合であることはたしかだからである。「特別の事情」となりうる可能性を広く採ると、認められる可能性を求めて訴訟は減らず、不法行為の成立を限定した意味がなくなってしまう。「特段の事情」が認められる例外的な場合として、ストーカーから脅迫行為まで常軌を逸した加害行為を想定することはできる。しかしここでは、むしろ、現在では想像できないような「特別の事情」が生じる

可能性を考慮して、その場合への備えを留保しておいた、最高裁の未来への慎重さであると考えたい。性にまつわる領域は、人格の根幹にかかわるものであり、その保護の常識も構成も、現在の想定を越えた展開がありうると思われるからである。

なお、さらに進んで、夫婦間においても不貞行為が不法行為とならないとする解釈が主張されるようになってきている⁽²⁰⁾。遠い将来、日本の離婚法制が根本的に改革された場合ならともかく、現時点では、筆者はこの解釈を採らない。婚姻という約束の中核には相互の貞操義務がある。この義務への違反は、配偶者に対する最大の精神的 DV ともいえるものであろうからである。

おわりに

昭和 54 年判決は、筆者が助手であった若い頃に、東京大学民事法判例研究会において報告した判例である。否定説に立って報告をした時点では、活字になった慰謝料請求否定説は、まだ存在していなかった。研究会の議論では、肯定説の立場の星野英一教授は「貴女はまだ若くて独身の強い女性だからそういうことを言うけれど、年をとって結婚をすれば意見は変わるでしょう」と言われ、やりとりを聞いていた唄孝一教授は「この問題は、価値観のリトマス試験紙ですね」と面白そうに言われた。指導教官であった加藤一郎教授は、否定説に賛成してくださって、「貴女の影響を受けちゃった」と笑って、研究会直後に執筆された家族法判例百選（第三版）で、否定説に改説された。恩師たちのそのようなお声やご様子は、いまだに記憶に鮮やかだが、それから 40 年余りが過ぎて、三人とも鬼籍に入られてしまった。

どの学問も同じなのだろうが、学問的営為は、一人の独立した孤独な存在としてあるのではなく、前世代から受け継ぎ、次世代へ手渡すバトンとして

(20) 松本克美「貞操義務の非法化」二宮周平他編『現代家族法講座第 2 巻・婚姻と離婚』（日本評論社、2020 年）など。

存在する。恩師たちの声と思考は、受け継がれて、若い世代に渡される。直接、聲咳に接することがかなわなかった先人も、たとえば筆者における中川善之助教授がそうであったように、活字からその思考をたどって、親しく対峙することになる。それでも実際に同時代に生きて議論できることは、民法学という学問的営為の共同作業における貴重なメリットである。いわゆる三先生と呼ばれた幾代通教授・鈴木禄弥教授・広中俊雄教授らも、東北大学という場でそのメリットを存分に活かしておられたように思う。

渡辺達徳教授と筆者は、同じ昭和 30 年生まれである。生まれ月の関係で筆者が一年早く東北大学を退職することになったが、東北大学の同僚として渡辺教授とご一緒できたことは、本当に有り難いことであった。渡辺教授の民法学がそうであるように、誠実で目配りの効いた安定感のある、かつ鋭い判断力は、学内行政でも同様であり、渡辺教授という心から信頼できる同僚の存在は、何より心強かった。行政能力に乏しい筆者は、たとえば研究科長職を宿題ばかりを残して渡辺教授に引き継いでいただいたように、ご迷惑をかける一方の同僚であったが、渡辺教授はいつも穏やかに寛容でいてくださった。この場を借りて、篤くお礼を申し上げる次第である。